C O N T R A S T E S
Revista Internacional de Filosofía

Volumen XI (2006) • ISSN: 1136-4076

S U M A R I O

ESTUDIOS

NOTAS Y DEBATES

TRADUCCIÓN CRÍTICA

INFORME BIBLIOGRÁFICO

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

[NOTAS Y DEBATES]

Dejar que los humores se expresen libremente. Reflexiones sobre la transición española a la democracia y sus enseñanzas

JOSÉ LUIS VILLACAÑAS BERLANGA
Universidad de Murcia

RESUMEN
Este artículo desea defender la plena legitimidad del proceso constituyente español que condujo a la Constitución de 1978. Para ello muestro cuáles son los requisitos suficientes de un proceso constituyente y subrayo cuáles parecen prescindibles. Cifro lo propio de un proceso constituyente en que el pueblo sea plenamente autoconsciente al iniciarlo y hable de manera inequívoca y libre al aprobarlo. El primero excluye procesos sobrevenidos. El segundo va contra una representación soberana. Ambas condiciones constituyentes sólo se han dado en España en relación con la Constitución de 1978. Mi interpretación es que incluso el PNV habló de manera inequívoca en este asunto. Por eso no considero legitimadas sus ambigüedades políticas.
PALABRAS CLAVE
PODER CONSTITUYENTE, LEGITIMIDAD, CONCIENCIA POLÍTICA, DECISIÓN, ESTATUTOS AUTONOMÍA

ABSTRACT
This article is a defence of the full legitimacy of the Spanish constituent process which led to the Constitution of 1978. In it I show which are the necessary elements of a constituent process and which would seem to be unnecessary. I also propose that an appropriate constituent process is one in which the people are fully self-aware when they initiate the process and express themselves freely and unequivocally when they ratify it. The former excludes processes which were not initially foreseen. The latter does not permit of sovereign representation. These two constituent

© *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía,* vol. XI (2006), pp. 207-231. ISSN: 1136-4076
Sección de Filosofía, Universidad de Málaga, Facultad de Filosofía y Letras
Campus de Teatinos, E-29071 Málaga (España)

conditions have only been satisfied in Spain at the time of the 1978 Constitution. In my view, even the PNV expressed itself unequivocally in this matter. For this reason I do not consider its political ambiguities to be legitimate.

KEY WORDS
CONSTITUENT POWER, LEGITIMACY, POLITICAL CONSCIENCE, DECISION, AUTONOMOUS STATUES

I. El problema

Cuando reflexionamos sobre la índole del proceso español hacia la democracia, surge la tentación, muy profunda en el pensamiento político, de comparar la unicidad del proceso histórico que entonces se emprendió y culminó con una pretendida norma general derivada de las categorías básicas de la Teoría constitucional. Sin duda, al sucumbir a este tentación, algunos comentaristas recientes han podido hablar de aquellos sucesos como de un proceso constituyente atípico. Es la tesis de Lucas Verdú: el proceso constituyente español sería "singular y *sui generis*"[1]. La base de esta singularidad estaría en que el contenido de la ley de reforma política, determinante del proceso de transición, no estuvo a su vez ser determinado por un poder legítimo. Además, se ha dicho, el rey dirige el proceso desde fuera de las decisiones constituyentes. "No estamos, dice Álvaro Soto, ante un proceso constituyente originario e ilimitado, sino que procede directamente de la legalidad anterior, por lo que se conforma como derivado". Y continua: "Dos hechos lo demuestran: 1.- el no ser convocadas las Cortes, en las elecciones del 15 de junio, con carácter constituyente; y 2.- el hecho de que la monarquía sea anterior a la constitución, insertándose por tanto en ella. El Rey no jura la constitución para ser rey, sino por ser rey, como Canovas afirmaba para la constitución de 1876".

La consecuencia que se suele derivar de esta falta de tipificación es, por lo general, la elevación de cautelas que tienden a retirar fuerza normativa al proceso español hacia la democracia. Como es natural, este planteamiento suele esgrimirse para explicar algunas debilidades políticas de nuestra historia reciente, cuyo ejemplo más preciso e intuitivo sería la inestabilidad en temas de política regional y las dificultades de encontrar un acomodo a las fuerzas nacionalistas en el actual juego político constituido. Este asunto, sin embargo, no es el más grave. Más decisivo resulta que este supuesto déficit de legitimidad del proceso constituyente español, sutilmente alojado en el proceso conocido como Reforma política, contrastarían con una perfecta legitimidad democráti-

1 Están recogidas estas opiniones y expuesta en el sentido aquí referido en Álvaro Soto, *La transición a la democracia. España, 1975-1982*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 65.

ca transferida a las fuerzas nacionalistas. En último extremo, se viene a decir, estas fuerzas serían las portadoras de la plenitud de la norma, de la legitimidad democrática auténtica. Al plantear problemas a la constitución española y al juego político normalizado, no hacen sino actualidad la huella de aquel déficit y cobrarse con retraso y a su discreción las cesiones que, por coacciones ajenas a los principios democráticos básicos, asumieron entonces en aras de la paz y de la responsabilidad.

Una versión más o menos elaborada del mismo problema viene a decir que, aunque plenamente conscientes de los desvíos de legitimidad del proceso español, consecuencia de haber elaborado todo el camino hacia la democracia a partir de una autoridad suprema sin soporte democrático, como el rey designado por el dictador Franco, y de poderes igualmente carentes de respaldo popular, como el gobierno Suárez y las Cortes dirigidas por Torcuato Fernández Miranda, los líderes nacionalistas asumieron enrolarse en este proceso porque era el único apropiado a la inmadurez política del pueblo español, al estado de miedo general de la población ante la implantación de una genuina democracia. Como es natural, esta aceptación de las reglas de la Reforma Política estaba llena de reservas y dejaba abierta la posibilidad de que, ante una sociedad más madura políticamente, se exigiera un más preciso cumplimiento de una perfecta normatividad constituyente que incluso pudiera plantear la cuestión de la forma de Estado.

La última versión del mismo problema, la menos elaborada y las más radical, dice que la única forma de dotar con plenitud normativa al proceso político español hacia la democracia, habría sido exigir la ruptura con el régimen del general Franco, el gobierno provisional de concentración nacional y las cortes constituyentes expresas. De una u otra manera, sin embargo, todas las debilidades políticas españolas se derivarían de esta falta de valentía, de este dar por bueno el miedo del pueblo a romper con el pasado. En último extremo, se viene a decir que el proceso llevado a cabo por España desde 1975 a 1982 no sólo no era fundamentalmente legítimo, sino que tampoco era necesario, carecía de lógica política normativa y se basaba en una inmadurez política que tendría que haberse superado con la oportuna pedagogía. La consecuencia que se deriva de este planteamiento es que la transición española tuvo más la forma de una "lex permisiva" que de un proceso constituyente. En tanto que ley permitida, se habría aceptado de un modo provisional, dejando para más adelante la puesta en marcha de un proceso que cumpliera con todas las exigencias normativas propiamente dichas. En este momento constituyente definitivo, sería preciso tomar decisiones democráticas no condicionadas por consideración externa alguna a la voluntad popular de la mayoría.

La premisa de la que se deriva este planteamiento asegura que, al ser conducida la transición hacia la democracia sin "que se produjera una ruptura

o solución de continuidad en la validez del ordenamiento"[2], o como dijo una vez Fernández Miranda, "desde la ley a la ley", en la medida en que esa ley era de naturaleza autoritaria y basada en la dictadura del General Franco, el respeto a esa legalidad no podía ser legítimo. Al elegir el respeto a la legalidad constituida, las autoridades que impulsaron la reforma política, inexorablemente vinculadas a esa ley, no podía desprenderse de su falta de legitimidad. Todo lo que resultara de esto, por tanto, estaría afectado por un defecto originario. Esta radical contradicción entre la legalidad vigente –derivada de Franco- y la legitimidad democrática habría debido forzar a la quiebra de la legalidad para que, efectivamente, pudiera abrirse camino la legitimidad verdadera. Al no hacerlo, la fundación de la democracia española, atípica y deficitaria, puede ser discutida y entendida como provisional. Se supone, además, que aquellas fuerzas que la discuten y la valoran como provisional, tiene una fuerza de legitimidad superior y plena.

II. El mito de la fundación

Desde que Maquiavelo asumiera la empresa de comentar de manera pormenorizada la *Primera Década de Tito Livio*, hasta que Hannah Arednt pusiera de manifiesto las agudas diferencias entre la revolución americana y la francesa, en su intento por hallar las raíces del totalitarismo europeo, el pensamiento político ha intentado explicar la vida política de los grupos humanos como algo en cierta manera prefijado en el momento de la fundación. Este esquema de trabajo es el que ha llevado a importantes pensadores a preocuparse por definir de manera ideal el momento de la fundación para asegurar la vida política de los grupos humanos. Sin ir más lejos, esto es lo que llevó a Hobbes hasta el problema de la construcción científica del Leviatán y condujo a Rousseau hasta identificar el momento mágico de la irrupción del legislador, un hombre trascendente al cosmos político y al grupo y sin el cual este no podía en modo alguno dotarse de una ley que fuera la verdadera voluntad general. La clave siempre es la misma: esta influencia benéfica del origen o de la fundación de un orden político sobre la vida política normal es proporcional a "la reputación y a la autoridad" de aquella. Ese momento de máxima reputación y prestigio de la fundación sería, en la época de la legitimidad democrática, el poder constituyente del pueblo o la nación expresamente convocada para dotarse de una constitución.

2 *Derecho Constitucional*, Vol. I. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Satrustegui, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1997.

Según esta tesis, la constitución española no tendría tal máxima autoridad y prestigio porque no estaría fundada, como ya hemos visto, en una asamblea constituyente expresamente encargada de realizar una constitución. Esto es lo que quiere decir Soto cuando, a pesar de reconocer que la Constitución de 1978 "representó el restablecimiento formal de la democracia en España" insiste en que "no debemos ocultar ciertos elementos pasivos que contiene, tales como las imperfecciones de la técnica jurídica fruto del compromiso político y de los condicionantes con que se realizó"[3].

Cualquiera que haya mirado con detenimiento esta teoría, que establece que la única fundación prestigiosa y autorizada de orden político reside en el poder constituyente encarnado en una "asamblea nacional democrática elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal"[4], ya está desde luego suponiendo que la única manera prestigiosa de fundar una nueva constitución, y de derogar la vieja, implica un proceso revolucionario. De hecho, la teoría del *povoir constituant* de la nación del abate Sieyès estuvo diseñada específicamente para describir el acto de la Revolución francesa, que implicaba la disolución del orden constituido que hasta ahora había regido la vida de la nación, ante la presencia de aquel poder fundamental que representaba a esa misma nación en su poder fundador.

No es menos cierto, sin embargo, que esta es una aproximación a su vez mítica al momento mítico de la fundación arquetípica moderna del Estado[5]. Pensar que esto ha sucedido como se describe en esta tesis es confundir la causa con los efectos. Sin duda, allí donde un poder constituyente se ha desvinculado completamente de todos los órganos y mandatos constituidos no es porque él haya decretado la revolución, sino porque ha seguido al hundimiento del orden existente. Es manifiesto que la revolución ya se ha tenido que dar previamente, para que el poder constituyente no se sienta vinculado a elemento constituido alguno. La misma Asamblea Constituyente sobre la que el abate Sieyès organiza su teoría del poder constituyente de la nación, en modo alguno fue convocada como tal, y no fue expresamente encargada de hacer una constitución y de romper con el orden establecido. Fue convocada, como sabemos, por el rey francés, y se organizó sobre las formas de representación estamental, "con instrucciones determinadas de los electores"[6]. Así que no tuvo una base previa democrática ni jamás sometió a referéndum popular sus decisiones. Como es evidente, su prestigio procedía de que la representación estamental vinculada se

3 Soto, op. cit. p. 84.

4 *Teoría de la Constitución*, Carl Schmitt, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 101.

5 Cf. *Kant y la época de las Revoluciones*, Akal, Madrid, 1997.

6 Schmitt, op. cit. p. 97.

transformó en representación nacional. Ello fue posible por la radical impotencia del gobierno del rey para mantener la situación. Resulta claro, sin embargo, que para nuestros valores democráticos, hacer del poder constituyente un órgano representativo transformado desde una asamblea estamental y, además, no dar a sus acuerdos un refrendo popular, implica una clara comprensión aristocrática de la nación. De hecho, no podemos olvidar que este esquema de funcionamiento está íntimamente relacionado con la nación burguesa, no con la nación democrática. Se trataba claramente de que la Nación no estaba representada por el rey, por uno; sino por la Asamblea Constituyente, por una representación plural que encarnaba a pesar de todo la voluntad unitaria de la nación. La representación es aquí más fuerte que el pueblo, en la medida en que el esquema de Sieyès no implica entregar la decisión al propio pueblo en un momento ajeno a la representación. Aquí, por tanto, el esquema funciona al servicio de una aristocracia representativa, no de una democracia en la que la voz del pueblo decide.

Cuando se ven las cosas así, el valor normativo vinculante del proceso francés queda muy disminuido. En realidad, nunca ha existido como tal ese proceso normativo ideal que subyace a las reservas expresadas acerca de la legitimidad de la democracia española. Es preciso dar un valor muy relativo a la fuerza normativa de ese proceso constituyente francés, que fue improvisado en su día y cuya autoridad política se extrajo no de una vinculación expresa a un modelo teórico ideal, sino de su capacidad para dar respuesta al hundimiento de los centros tradicionales de poder franceses. En realidad, aquel proceso constituyente no se ajustaba al modelo que hasta el presente podría presentar la prioridad normativa, la revolución americana, que tampoco surge de un proceso constituyente propiamente dicho y expreso, sino que se improvisó en el cosmos político que generó la obstinación del Parlamento de Londres de no reconocer la posibilidad de los colonos de sentarse en sus filas y de participar en la definición de los impuestos y el presupuesto.

Cuando disolvemos el modelo francés en la especificidad y unicidad de su proceso histórico, no sólo evitamos la sentencia de déficit de legitimidad de la constitución española por el argumento formal de que no disolvió la constitución anterior. Hacemos algo más. Con ello abrimos el espacio necesario para medir y valorar el proceso español desde sí mismo. Schmitt dice en su *Teoría de la Constitución*: “Sería un error –y por cierto un error antidemocrático- el tener por norma absoluta y definitiva de la democracia estos métodos del siglo XIX. La voluntad del pueblo de darse una constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado”[7]. Los hechos y actos de la voluntad constituyente son individuales,

7 Schmitt, op. cit.. p. 100.

únicos, se expresan o no, pero no se atienen a los antecedentes. A la hora de juzgar el proceso español, por tanto, sólo tenemos que investigar si hay un poder constituyente, dónde reposa, si se establece un proceso que manifiesta una voluntad constituyente, si esa voluntad es expresión de un pueblo; en suma, si se da este hecho constituyente. La convocatoria expresa de la Asamblea nacional constituyente no es el único procedimiento democrático que puede acoger este hecho ni la única forma en que se presenta ese poder.

Sin ninguna duda, quizás estas otras formas de realizar el hecho constituyente no poseen la reputación y la autoridad del mito revolucionario. Esto, como se puede suponer, dependerá mucho de la historia que estemos juzgando. Que la revolución posea reputación, prestigio y autoridad es un valor relativo a la propia historia de un país. Lo que ha determinado el prestigio y la autoridad de la Revolución americana es que ha sido la *única* que ha vivido ese país. Si hemos de ser sinceros, la revolución como forma de expresión de poderes constituyentes había perdido todo su prestigio en Francia hacia la mitad del siglo XIX. No hay que hacer mucha historia de España para darnos cuenta de que el mito del poder constituyente, revolucionariamente mediado, no era el proceder que estaba en condiciones de reclamar la reputación, el prestigio y la autoridad sobre los ciudadanos españoles. Al contrario, nuestra historia había estado exenta de compromisos, consensos, pactos y entendimientos y poner en marcha ese tipo de procedimientos era visto como la demostración radical de nuestra madurez como sociedad moderna. En este sentido, cuando intelectuales como Gregorio Morán[8] explican la inexistencia de un gesto constituyente-revolucionario por la variable de miedo ante la guerra civil, reduce indebidamente la apelación a la antropología. Cierto que la vida civilizada implica estar en condiciones de anticipar las consecuencias posibles no deseadas de las acciones humanas. Pero pensar que el miedo es la base de la vida civilizada es una expresión exagerada y unilateral. Por lo demás, decir que el miedo es el valor político básico y determinante de la constitución española es desconocer que existía positivamente entre mucha gente el prestigio de la vida civilizada por fin triunfante como pauta de conducta general. La mera idea de que una acuerdo consensuado se explique por el miedo ya demuestra hasta qué punto se sigue deseando la imposición de unos españoles sobre otros. En el fondo se trata de un imaginario arcaico. Si las cosas se resuelven por la mediación institucional, entonces esta solución no se supone consecuencia de virtudes epistemológicas y morales, sino sencillamente de falta de valentía, de carácter o de sinceridad.

La clave de todo el planteamiento reside en que el poder constituyente no está obligado a presentar la forma revolucionaria. No es poder constituyente

8 Conferencia de Apertura en el curso de la UNED Centro Tomás y Valente de Alzira, año 2002.

porque impone la revolución, sino porque funda un orden político normativo. Es más, cuando se estudia de cerca las previsiones clásicas del pensamiento político moderno, tal y como fueran formuladas por Kant, nos damos cuenta de que lo considerado normal, previsible y deseable, era la transformación de estados despóticos en estados republicanos. Hemos de recordar que la base fundamental de dichos Estados, en su plena conciencia normativa kantiana, son aquellos basados en el principio de la libertad de los miembros de una sociedad como hombres, de la igualdad de todos como ciudadanos y en la "dependencia en que todos se halla de una única legislación común súbditos", legislación que en todo caso debe incluir el gobierno representativo y la división de poder[9]. Kant siempre pensó que las posibilidades reales de avanzar hacia esta forma de gobierno dependía de la posibilidad de que un Estado despótico se republicanizase. Y esto y no otra cosa era que se llevara a cabo la republicanización de los Estados monárquicos realmente existentes[10]. Aquí una vez más todo estaba previsto para la transformación, no para la revolución. Esto era la previsión de Kant al afirmar: "Puede decirse por tanto que cuanto más escaso sea el personal gobernante –o número de los que mandan- cuanto mayor sea la representación que ostentan los que gobiernan, tanto mejor concordará la constitución del Estado con la posibilidad del republicanismo, y en tal caso puede esperarse que, mediante reformas sucesivas, llegue a elevarse hasta él. Por los mismos motivos resulta más difícil en la aristocracia que en la monarquía, e imposible del todo punto en la democracia, conseguir llegar a la única constitución jurídica perfecta, como no sea por medio de una revolución violenta"[11].

III. Condiciones generales del poder constituyente

Ciertamente, para que exista poder constituyente ese nuevo orden político fundado no tiene que ser derivado de la constitución anterior que, desde luego, resulta expresamente e implícitamente derogada por el nuevo acto fundacional. El poder constituyente, además, no puede estar condicionado por el orden anterior, ni este puede prescribirle el contenido de su actividad legisladora. En caso de que existan autoridades anteriores al pacto constituyente, sólo pueden legitimarse bajo dos condiciones: que lo convoquen y que desaparezcan en su capacidad decisoria en el momento en que se constituyan en poder los repre-

9 Cf. *Zur ewigen Friede*, Akd. Vol. VIII, 349-52.

10 Cf. Mi trabajo "Contrato en Kant: del liberalismo al republicanismo". En Giuseppe Duso, *El Contrato social en la filosofia política moderna*, Res Publica, Murcia, pp. 241-269.

11 Kant, *Zur ewigen Friede*, op. cit. p. 353.

sentantes del pueblo. Esto es: ninguna autoridad anterior puede formar parte del poder constituyente, ninguna puede intervenir en el proceso que no sea expresión popular. De manera consecuente, la decisión concreta que adopte ese poder constituyente acerca de la forma de la existencia política debe incluir una decisión acerca de la autoridad anterior y convocante de la representación constituyente, de tal manera que de esa voluntad general del pueblo pueda seguirse la desaparición de la autoridad convocante.

De hecho, la clave normativa del poder constituyente no reside en la existencia o no de autoridades vinculadas al orden anterior, sino en que su vida legislativa se levante sobre los valores fundamentales que hacen del poder constituyente fuente legítima de derecho. La idea es que el orden fundado no deriva de las autoridades previas, sino de su propia base popular vinculante. Sin embargo, aunque el contenido de la voluntad constituyente no puede estar limitado por precepto anterior alguno, su convocatoria no puede pensarse sin supuestos de naturaleza previa y de dimensiones existenciales. Esto es así tanto en el proceso revolucionario como en el proceso transformador. En efecto, el poder constituyente es expresión de voluntad, pero siempre supone el quién se expresa. Ante todo, el supuesto básico es el de la propia existencia como Estado que se ha constituir de nuevo. De hecho, en este sentido, los clásicos que como Kant se han preocupado de cómo realizar la forma del Estado de derecho en la historia, han señalado que siempre se supone la existencia del grupo que ha de trabajar y expresar su voluntad como pueblo. Finalmente, el poder constituyente lo es porque transforma una multitud en pueblo políticamente consciente y activo. Sólo es tal porque expresa una voluntad general de *un* pueblo. El poder constituyente no crea el pueblo, ni establece su unidad, sino que supone ambas cosas. Por eso, el poder constituyente es índice de una transformación del Estado, en la medida en que torna políticamente operativo al pueblo de ese Estado.

Además, el poder constituyente será democrático con pleno sentido si se produce mediante el formal asentimiento del pueblo, si es voluntad popular de manera inmediata. Es preciso recordar que la República de Weimar no vio sometida su constitución a referéndum posterior, una vez terminada y promulgada por el parlamento. Esto fue así porque se supuso que el pueblo había hablado de manera inmediata al elegir a la Asamblea nacional como órgano constituyente. Su voluntad inmediata fue aceptar la constitución que emanara de ella. El pueblo alemán se vinculó a sus representantes de manera más bien incondicional. No habría sido lo mismo si el pueblo hubiera elegido unas cortes sin mandato expreso de realizar una constitución. Entonces el asentimiento popular habría sido mediato y para que esa constitución fuese expresión inmediata de la voluntad general constituyente habría sido necesario el asentimiento popular expreso de la misma.

Por último, ningún poder constituyente puede ser legítimo si se considerara agotado, clausurado y terminado con la aprobación de esa constitución. En efecto, el poder constituyente no puede suprimirse a sí mismo, ni puede desaparecer después de haberse expresado. Esto es lo que inhabilita la construcción teórica del Leviatán de Hobbes como modelo del poder constituyente en el sentido específico moderno. Las bases normativas últimas del poder constituyente son continuamente operativas en la medida en que conciernen, como hemos visto, a la existencia de seres humanos libres, ciudadanos iguales y sólo obedientes a la ley que ellos mismos se han dado. Como dicen los constitucionalistas, "la decisión política implicada en la constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución sigue subsistiendo esa voluntad"[12]. Pero, al mismo tiempo, la constitución que define un orden político no puede eliminar la posibilidad de que el poder constituyente se pueda expresar en otros órdenes. Ni disuelto por la constitución ni limitado a ella, el poder constituyente del pueblo puede siempre encontrar nuevas formas de existencia política y, lo que es más importante, nuevos formas de expresar su voluntad. De aquí se derivan algunas consecuencias relevantes, pero que podemos obviar en este momento.

IV. Poder constituyente y representación

La naturaleza de los procesos políticos de masas, característicos de los tiempos modernos, tiene que encontrar un punto medio entre la participación política y la eficacia. En el caso del poder constituyente, desde luego, tiene que darse a la vez la expresión inmediata de la voluntad del pueblo que decide en relación con las cuestiones fundamentales del orden político y la eficacia de los medios de deliberación y de propuesta. En la vida política normal y en la extraordinaria, tal cosa sólo se puede lograr mediante una mediación representativa. Por eso, el poder constituyente siempre está mediado por una comisión parlamentaria de naturaleza representativa. Sin embargo, la decisión de expresión inmediata de voluntad debe pertenecer al pueblo.

El pensamiento político hace tiempo que se viene preguntando acerca de la naturaleza del vínculo representativo y, de una manera u otra, ha considerado que la vieja noción de representación, nacional, tal y como la vimos en el caso Sieyès, dista mucho de ser la más eficaz desde el punto de vista del esquema de pensamiento democrático inevitable en nuestras sociedades. En democracia no se trata tanto de que una comisión se eleve a representante de la voluntad nacional, en tanto que

12 Carl Schmitt, op. cit. p. 94.

cada uno de los parlamentarios es en el fondo expresión de esa voluntad. Piptkin, en su estudio ya clásico sobre la representación, consideró que esta percepción se basa en la idea de nación burguesa, con su pretendida homogeneidad radical, que vivía de la ilusión de una unidad de valores y de convergencia de intereses de los representados igualmente encarnados en cada uno de los representantes. Esta idea ya no puede ser sostenida. La sociedad de masas de naturaleza democrática encierra en su seno una serie de tensiones irreductiblemente plurales. Por eso la idea de representación ya no aspira a ser mayoritaria —que en el fondo quiere hallar la mejor persona—, sino proporcional, que aspira a describir de la manera más fiel el propio orden social y sus diferencias.

Esta cualidad plural de la vida social propia de la democracia actual ofrece el carácter central con que hoy conocemos al *ethos* democrático: la aspiración al compromiso constante. Para que ese compromiso sea tal, las fuerzas que han de lograrlo tienen que estar representadas de la manera más fiable posible en la comisión constituyente. De manera necesaria, por tanto, la decisión acerca del orden político ha de canalizarse a través de un compromiso cuya finalidad fundamental reside en que ninguna de las fuerzas que habitan en el seno de una sociedad adquiera la dimensión de heterogeneidad, de idealización o de sublimación que la haga imposible de integrarse en una vida unitaria. Esta finalidad es interna al hecho de que se ha de expresar *un* pueblo. Es interno al poder constituyente que esa expresión de la voluntad del pueblo implique el mayor grado posible de integración de las fuerzas representadas en él. Por lo general, en aquellos procesos constituyentes que tienen efectos profundamente derogatorios sobre el orden político anterior, esta mayor integración posible se logra mediante un compromiso multilateral. Así, por ejemplo, la República de Weimar implica un pacto múltiple entre Prusia y los Estados, entre centralismo y federalismo, entre presidencialismo y parlamentarismo, entre capitalismo y socialismo, entre continuidad y discontinuidad, entre protestantismo y catolicismo. Lo propio de este proceso es que no se puede considerar el compromiso como una prueba de debilidad, sino de fortaleza democrática.

La premisa de toda esta posición reside en que la comisión constituyente describa bien la pluralidad social e identifique las fuerzas que deben buscar un compromiso. Sentirse bien descrito es exactamente lo mismo que pertenecer a ese pueblo que ha de expresar su voluntad. De hecho, no se trata de una descripción absoluta, esencial, desvinculada, sino de una de las fuerzas que componen *ese* pueblo. Si una de esas fuerzas se desvincula de su pertenencia a ese pueblo, su carácter descriptivo y representativo desaparece. Pues no hay contexto de referencia en que su estatuto y proporcionalidad de representación se pueda mantener.

Es una paradoja de la historia que esta idea, que tiene como base la irreductible pluralidad de la estructura social y su legítima divergencia en intereses,

sea mucho más afín con la visión antigua de la sociedad que con la propia de la época burguesa, con su sueño idílico de homogeneidad nacional. Es verdad que la clave más profunda de la integración antigua era la pertenencia, mientras que hoy reconocemos en la relación funcional la base más firme de nuestras sociedades. Pero ambas eran sensibles a la complejidad interna y a la pluralidad. Esto es lo que determina la intuición básica de este ensayo. Pues más allá del mito fundacional de Sieyès, el título que propongo nos hace regresar a Maquiavelo. Con ello, la legitimidad de una asamblea constituyente, en la medida en que se base en los postulados republicanos, es indiscutible si dibuja y describe bien la pluralidad social o, como diría Maquiavelo, si deja en libertad todos los humores de la sociedad a fin de que se logre un equilibrio entre ellos.

Es muy importante recordar que antes del mito francés de la Revolución, durante largo tiempo estuvo vigente el prestigio y la autoridad del equilibrio de humores como metáfora fundacional del orden político. Antes que la noción de salud pública como la decisión discrecional acerca de la corrupción moral de representantes poco patrióticos, puesta en marcha por Robespierre, estuvo en vigor la noción de salud como equilibrio de los humores del cuerpo político. Maquiavelo, desde este punto de vista, aseguró que la única manera de vencer al tiempo, que amenaza con la destrucción propia de la contingencia de todas las cosas sublunares, era generar continuamente equilibrios de humores que mantuvieran la salud del organismo en continua circulación. Antes que la virtud de los revolucionarios franceses, que se caracterizaba por la capacidad de sacrificarse hasta la muerte por unos ideales absolutos, se pudo identificar por obra e Maquiavelo una noción de virtud que tenía que ver con la administración de las tensiones y conflictos, capaces de mantener el vigor del cuerpo político y, con él, la libertad y la fortaleza de la *res publica*.

De estas causas dependía la autoridad y el prestigio de Roma. Frente al caso romano, la historia florentina era más bien una patética secuencia de revoluciones sin estabilizar. Maquiavelo describe esta secuencia como la propia de órdenes que tenían "*poca riputazione e troppa auorità, potendo disporre senza appello dellavita e dellarobba de' cittadini*"[13]. En realidad, estos regímenes no podían disponer de estabilidad y de virtud, porque en ellos subía al poder una facción que utilizaba el Estado como un instrumento para perder a la otra facción. En el fondo, dice Maquiavelo, este era el caso de Florencia, que no tuvo constitución "*durabile, perché quegli ordini non satisfacevano a tutti gli*

13 El texto proceso de *Discursus florentinarum rerum post mortem iunioris Laurentiis Medices*, en Machiavelli, N, *L'arte della guerra. Scritti politici minori*, a cura J. J. Marchand, D. Franchard e G. Masi, Edizione Nazionale delle Opere, 1/3, Salerno, Ed. Roma, 2001, pp. 621-641, aquí,625.

umori de' cittadini"[14]. La explicación de Maquiavelo, que en el fondo habría aceptado Kant, nos dice que Florencia no logró transformarse de un principado en república. La tesis de Maquiavelo, en realidad, dice que un Estado para ser estable debe ser fundado por uno solo, en tanto principado, pero para ser estable debe ser capaz de transformarse en una república, esto es, "en un régimen civil y libre"[15]. Esta famosísima tesis, que se despliega en el parágrafo 9 del I Libro de los *Discursos a la Primera Década de Tito Livio*, añade que sólo se podrá lograr esto "sin tener en cuenta los usos antiguos". En cierto modo, la desgracia de Florencia fue no saber separarse de esos usos antiguos que consideraban desde siempre el principado y la formación de un régimen libre y civil como alternativos. Sin duda, Maquiavelo está en condiciones de hablar con la memoria de la edad media: así no se podía nunca representar el bien común ni se podría lograr la común utilidad. Pero el lenguaje aquí es lo de menos: con la misma propiedad se podría hablar de voluntad general. En estas condiciones, Florencia no pudo alcanzar virtud porque en su principio no existía la virtud. Esto fue lo que la diferenció de Roma: las tensiones entre los humores aquí daban lugar a disputas, no a combates y se resolvían "con una ley, mientras que en Florencia con el exilio y con la muerte de muchos ciudadanos"[16].

Las reformas que Maquiavelo ofreció a Leon X tenían como finalidad dejar que emergieran todos los humores de Florencia y ofrecerle la canalización institucional y representativa apropiada para crear un equilibrio de salud. De esa canalización institucional de los humores debe brotar la ley. En este esquema metafórico, se teme la crisis como aquel momento en que uno de los humores altera la justa proporción y pretende devenir hegemónico, prescindiendo de todos los equilibrios y cansado de administrar la complejidad y el reconocimiento de los otros humores. Como es natural, la continuidad del orden civil depende de su fidelidad al origen, de que las disensiones se vean productivas y de que el equilibrio se recomponga gracias a ellas.

V. La transición española

Recojamos el argumento. Hemos visto que el mito fundador de Sieyès no es la única forma de canalizar el poder constituyente. Hemos mostrado sus condiciones y requisitos. Luego vimos que esos requisitos en una sociedad democrática

14 Machiavelo, op. cit. p. 627.

15 Machiavelo, *Discursos a la Primera Década de Tito Livio*, Alianza, Madrid, p. 58.

16 Machiavelo, *Historia de Florencia*, Alfaguara, Madrid, 1979, p. 149-150. Y añade en la p. 151: "Y las leyes que luego se creaban no estaban orientadas al bien común sino que todas se dictaban en beneficio del vencedor".

nos lleva a una representación pluralista. Hemos entendido que estos permitía un uso apropiado de la metáfora de los humores. Veamos ahora el caso español a la luz de estos argumentos. Pues el primer obstáculo que tuvo que superar la transición española fue la de sus propias previsiones. Estas quedaron organizadas en un argumento que popularizó Herrero de Miñón con el conocido libro *El principio monárquico*. La tesis de aquel opúsculo, que en su día contó con el beneplácito de Carrero Blanco, consistía en mostrar la contradicción interna entre las leyes fundamentales del régimen de Franco, que regulaban la vida política oficial, y la previsión de instauración monárquica. La tesis de Herrero de Miñón decía sencillamente que con la instauración de la monarquía las leyes del Movimiento se auto-clausuraban. Esto era así porque la monarquía se funda en el principio monárquico. Las previsiones sucesorias fundaban una monarquía. Pero en el seno mismo del concepto de monarquía va incorporado el principio monárquico que, *per se*, entrega al monarca la posibilidad de legislación ex novo y de transformación de la ley. Así que vanamente se empeñaban las leyes del movimiento en vincular el futuro del rey a su propia norma. En la medida en que lo que instauraban era un rey, y no un funcionario o magistrado normal, este quedaba capacitado para transformar cualquier ordenamiento.

Esta interpretación, bien intencionada, que deseaba convencer al rey que, pasara lo que pasara, tenía las manos libres para transformar la legislación española, en realidad ha obstaculizado un genuino entendimiento de la transición española. Esto es así porque en el fondo ha cundido la interpretación de que todo lo sucedido depende, en verdad, del uso por parte del monarca del conjunto de atribuciones propias del principio monárquico. Si esto era así, en el fondo, el poder constituyente último habría consistido en esta propia voluntad del rey. Ahora bien, como el rey efectivamente se elevaba a ese principio monárquico por las propias leyes fundamentales del Movimiento, ni por el origen, ni por el uso, el proceso español podría contemplarse como la voluntad expresa del pueblo. En el fondo, Herrero de Miñón se basaba en las teorías constitucionales de la Restauración monárquica de los primeros años del siglo XIX. Cuando nos familiarizamos con estas doctrinas, comprendemos que todas ellas coinciden en que el rey mantiene la plenitud del poder del Estado. De otro modo: el rey es el sujeto del poder constituyente. Esto es así incluso cuando, para ejercer ciertos derechos, se vincula voluntariamente a ciertos estamentos, corporaciones o representantes. Desde este punto de vista, todo lo que se impulse desde el principio monárquico es otorgado como cesión del rey. Sin embargos, los críticos más agudos de estas ideas mostraron que en el fondo teníamos aquí una transferencia del poder constituyente del pueblo a la persona del rey. Estábamos, por tanto, ante una teoría reactiva que pretendía sobre todo retirar al pueblo el poder constituyente y que no encontró otra forma de hacerlo más que transfiriéndolo al rey. Era así una estrategia defensiva anti-democrática. Con ello,

naturalmente, era muy fácilmente atacable desde la legitimidad democrática y, en cierto modo, la posición del rey en la transición española siempre se ha visto afectada por estas críticas, como ya vimos. Pero como tal doctrina, el principio monárquico no es una genuina teoría de la monarquía. A la supremacía del rey, desde luego, no le cuadra bien la teoría del poder constituyente y al unir ambos conceptos, los teóricos del principio monárquico no alumbraron sino un monstruo teórico. En el fondo se trataba de decir que el rey podía hacer todo lo que el pueblo podía hacer. La monarquía sin embargo nunca se vio a sí misma, de forma tradicional, dentro de esta oposición exclusiva.

Pero en realidad, el rey no operó nunca desde el principio monárquico. Nunca dio un paso que pretendiese sustituir al pueblo ni que pretendiera discutir que el poder constituyente residía en él. Ignoro quién diseñó todo el proceso de transición. Pero quien lo hiciera tuvo mucho cuidado para que el rey no asumiera ninguna decisión constituyente. En suma: Don Juan Carlos no ejerció el principio monárquico ni por tanto cabe sugerir la menor duda acerca del carácter no otorgado de nuestra constitución. Es verdad que su posición era legal, así como era legal la capacidad de su gobierno. Sin embargo, para este tipo de consideraciones es absolutamente indiferente el problema de la legalidad y, si se me apura, el problema de la legitimidad del rey o el hecho de que emprendiera determinadas actuaciones sin contar con la legitimidad heredada de D. Juan. Lo decisivo estuvo en una sincronización de dos tiempos políticos radicalmente diferentes: los que podían hacerse desde arriba y los que pujaban desde abajo. Pues esa sincronización fue una magnífica fuente de conocimiento. Los meses del gobierno Arias permitieron ante todo que se impusiese la convicción de que no existía proyecto posible que hiciese evolucionar el montaje del franquismo. En efecto, no era fácil encontrar la idea coherente que permitiera mantener el Movimiento presidido por un rey. Esta convicción era tan sentida y generalizada, que permitió que todos los humores sociales saliesen a la luz, que en cierto modo sus fuerzas se hicieran visibles desde la calle, que la complejidad de las realidades sociales quedase de manifiesto y que se pudiesen ir tanteando posiciones de equilibrio. Tanto fue así que casi se dio la paradoja de que los únicos humores que no brotaron con nitidez eran aquellos que podían sostener al propio gobierno. Desde este punto de vista, el gobierno Arias actuó de facto como un gobierno provisional.

El momento clave de toda la transición fue la aprobación de la Ley para la Reforma política. Sin duda, su condición de posibilidad fue que las fuerzas que pretendían una disolución de la legalidad no tenían suficiente poder para romper totalmente la facticidad existente. Pero no fue la legalidad lo que dejó de romperse. Fue sobre todo la normalidad vital de la sociedad la que no se vio gravemente alterada, señal de que la sociedad española deseaba atender a la formación de un orden político para organizar su vida social, pero en modo alguno destruir su vida social para organizar un cosmos político. Ese valor nor-

mativo de la facticidad social fue lo que no se logró romper y la consecuencia fue que el imaginario legal de esa facticidad, la ley existente, no se rompió tampoco. Sin duda, de haber mantenido más tiempo en el poder a Arias, esa canalización de las fuerzas políticas hacia la publicidad y la representación se hubiera visto interrumpida y frustrada. Pero de no haberlo mantenido el tiempo suficiente no se hubiera visto con total claridad la imposibilidad de una *vis evolutiva* del régimen del Movimiento. El discurso del rey en Estados Unidos y su manifestación a la revista *Newsweek* fueron manifestaciones claras de que ese camino estaba cerrado. El rey usó el poder que le daba la ley para retirar a Arias.

Lo decisivo fue, sin embargo, que el rey no quería hacer una nueva ley, ni siquiera quería utilizar la antigua más tiempo ni con otro fin que no fuera el de su desaparición. Cuando Suárez declaró que su gobierno era un "gestor legítimo para establecer un juego político abierto a todos" se estaba contemplando como un gobierno provisional. Todo lo demás era pura retórica. Desde el punto de vista de la legitimidad, lo decisivo es que le legalidad franquista sólo se usó para destruirse a sí misma. No se usó para organizar ventajas de parte ni para perpetuar usos antiguos. La Ley de Reforma Política fue la proclamación de que sólo se usaba la autoridad legal como punto de convocatoria del poder constituyente. La Ley de Reforma Política inmediatamente reconoció la soberanía popular, la necesidad de un gobierno civil de representantes, la necesidad de encargarle a estas instancias democráticas la organización del Estado mediante una constitución. Era una Ley fundamental del régimen franquista, pero esta sí, una que establecía el principio democrático del poder constituyente y que, por tanto, rompía radicalmente todas las demás leyes fundamentales, basadas en cualquier otro principio.

Esta ley bloqueó cualquier interpretación de la transición en términos de principio monárquico. Desde ese momento, cualquier cosa que hubiera pasado se habría tenido que aceptar. La actitud de Suárez se describe más desde Maquiavelo que desde Sieyès, desde luego, e importantes observadores de la época, cercanos al presidente, sintieron la tentación de hacerlo en sus memorias. Su frase de "elevar a categoría de normal *lo que a nivel de* la calle es simplemente normal" implicaba no sólo la confianza de que se daban las condiciones sociales para un equilibrio de humores expresado en una constitución, sino el conocimiento de que era así. Que Suárez no tuviera ideología política no fue una causa, sino el efecto de este conocimiento. Para un compromiso que se juzgaba inevitable era la mejor actitud. Sin embargo, la cuestión fundamental es que allí se produjo la expresión inmediata de una voluntad popular. Si la Ley de Reforma Política no hubiese sido sometida a Referéndum no podríamos estar hablando de legitimidad plena. Pero el pueblo español decidió que él habría de decidir como un poder constituyente en aquellas condiciones y sancionó con

su respuesta que el principio de convocatoria se había aceptado. Si el pueblo español no hubiera aceptado la Ley de Reforma Política, sin duda, no habría considerado la convocatoria a convertirse en poder constituyente en aquellos términos, con dos cámaras y con una proporcionalidad matizada, y entonces se habría tenido que cambiar de gobierno provisional, cuya misión es siempre y únicamente la de convocar al pueblo. Pero si no hubiera pasado por las Cortes y cumplido la legalidad, entonces Suárez no habría sido gobierno. La legalidad vigente, este es el punto, es un fundamento tan bueno como los movimientos de la calle para identificar y crear al gobierno provisional. Pues lo decisivo en el gobierno provisional es que acepte esa provisionalidad, abra un proceso constituyente que permita la emergencia de todos los humores con escrúpulo democrático, y que genere una constitución que rompa con la antigua. En este sentido, lo provisional no fue pasar de la legalidad franquista a la legalidad democrática –esto habría sido imposible-, sino pasar de la legalidad franquista a la legitimidad democrática. La Ley de reforma política, por su propio articulado, no predeterminaba ninguna posibilidad. No integraba articulado alguno material, ni condicionaba el futuro proceso constituyente con prescripciones reales. No tomaba decisión previa alguna. Solamente demandaba al pueblo si aceptaba y reconocía por su propia voluntad aquella función de autoridad convocante que le daban las leyes al gobierno Suárez y si quería constituirse al efecto en poder constituyente. De hecho, todos los artículos de la Ley de Reforma Política son de carácter formal y tienen que ver con la dirección del proceso. En todos ellos, el rey aparece como garante de que la última palabra la tendrá el pueblo. Particularmente decisivo fue que las Cortes del viejo régimen no tuviera ninguna operatividad legislativa. Como se les dijo en el turno de respuesta del gobierno, ellas debían cumplir el trámite para que el proyecto pasara a la decisión del pueblo. Era lo mismo que reconocer que ellas no emanaban de él. Con el articulado de la Reforma en la mano, de la convocatoria electoral podía salir una constituyente capaz de decidir por la república o la monarquía, por el Estado federal o por el centralista, por el Estado laico o por el Estado confesional, por el Estado socialista o por el capitalista liberal. Ninguna previsión material se imponía a la voluntad constituyente. Lo mismo sucedió, *mutatis mutandi*, con Tarradellas. Se asumió su legitimidad histórica, pero sólo como principio convocante del pueblo catalán para impulsar su orden político autónomo. Se trataba así, expresamente, de un poder provisional, que sólo tenía como función desaparecer ante el poder constituido de la nueva Generalitat.

Más importante es todavía comparar este proceso con el que proponían los partidos organizados en la Junta Democrática. Así, por ejemplo, en París, en julio de 1974, la Junta establecía un programa basado en el gobierno provisional de amplia coalición, pero indicaba supuestos materiales que implicaban otras tantas decisiones sobre las que el poder constituyente no podría pronunciarse, sino a

las que tendría que adherirse. Así, se exigía el reconocimiento de la personalidad específica de Cataluña, Euskadi y Galicia. En realidad, esto implicaba no abrir un proceso constituyente, sino sencillamente considerar interrumpida la legalidad de la República, a cuyos estatutos de Autonomía se refería para darle plena validez. Esto resultaba contradictorio con pedir unas cortes constituyentes libre y soberanas, cuyas decisiones no pueden en el fondo condicionarse por normas derivadas y emanadas de otro momento constituyente. Lo mismo sucede con el programa de la Plataforma de Convergencia democrática de julio de 1975. Allí se pide la apertura de un proceso constituyente, aunque no se cite de esta manera. Sin embargo, se reclama "el establecimiento y organización de un régimen democrático pluralista con estructura federal del Estado"[17]. Resulta evidente que la estructura federal del Estado es una decisión tomada no se sabe por quién, pero que se sustrae a la voluntad general de ese mismo pueblo, a quien no se juzga fiable para juzgar acerca de esa cuestión. Pero un gobierno provisional no puede vincular la voluntad de un poder constituyente. En este asunto, la Reforma, con su vacío característico, era en técnica jurídica más legítima y escrupulosa con la soberanía popular que los proyectos de la oposición.

Cuando se recuerdan los resultados de aquel referéndum de 15 de diciembre, la verdadera ruptura del régimen del general Franco, nos damos cuenta que la decisión era inapelable. Una participación del 77'7%, el 3% de los votos en blanco y un 2'6% de votos negativos era un resultado rotundo. Más del 70% de la población aceptaba ser convocado como poder constituyente. Sólo un 2'6% rechazaba ser convocado, bien porque no quería ser convocado así, o bien porque no se hacía parte de este pueblo. Pero es evidente que cuando la decisión mayoritaria es por un sí, ya no tiene mucho sentido preguntarse cuál era el sentido de un no minoritario. Cualquier consideración sociológica acerca del valor de unos españoles acostumbrados a la dictadura, inclinados a obedecer al gobierno, dóciles ante las indicaciones de la televisión, están fuera de lugar en este sentido. En el fondo, una consideración de esta naturaleza, que es la que se expresa en todas las reservas acerca de la legitimidad del proceso español, implica una desconfianza hacia el propio pueblo. Lo que se quiere decir es que ese pueblo había sido maleado por la dictadura anterior. Al llegar a este punto nos damos cuenta de que, en el fondo, esto era la misma cosa que no reconocerle capacidad constituyente.

La prueba de fuego de la ley de reforma política fue la descripción que de la sociedad española dibujaron las cortes constituyentes de junio de 1977. Aunque la forma de representación ponderó habitantes y territorios, y aunque

17 Soto, op. cit. p. 31.

se mantuvieron las formas provinciales de circunscripción, nadie consideró que la proporción de representantes en las cortes constituyentes era injusta en relación con su fuerza política. Que el propio partido del gobierno no tuviera una mayoría absoluta, ni mucho menos, demostró con claridad que habían sido una elecciones libres. Que entre UCD y PSOE recogieran el 63% de los votos y esto implicara el 81% de los escaños demostraba, a pesar de todo, que la proporcionalidad había sido corregida por la ley D'Hondt. Con esta mayoría tan exigua del 34%, el gobierno de UCD no podía impulsar desde sí mismo el proyecto constitucional. Fue preciso, como es sabido que la comisión fuera de todos los partidos. Con ello, no sólo se describió bien la situación política del país, sino que esa descripción se tornó operativa. Pues no había la menor duda de que estas cortes eran constituyentes. La ley de la reforma política hacía inevitable este estatuto. Pero aunque no hubiera sido la intención de la convocatoria, al estar de acuerdo todos los poderes del Estado, desde el rey, el gobierno, el parlamento y sin poner obstáculo el poder judicial, resultaba claro que la totalidad de los representantes pudieron organizarse como poder constituyente, a condición desde luego de que su resultado se entregase al refrendo del pueblo. Así que el proceso, en verdad, no puede caracterizarse como ruptura, ni ruptura legal, ni ruptura pactada. Fue un proceso constituyente. No hay posibilidad de la metafórica de reforma o de ruptura, como si hubiese quedado más o menos del viejo edificio del Estado. Esta metafórica, desde luego, que ha quedado en el imaginario de la época, ha impedido una verdadera autoconciencia del proceso, pues ha insistido en la idea de que no ha sido el poder constituyente del pueblo el que ha operado, sino poderes políticos limitados y parciales, ya instalados en el poder, ya instalados en la calle.

VI. Consecuencias del constituyente y el caso vasco

Que no faltó a las cortes constituyentes su plena conciencia de proponer una constitución plenamente emanada de la voluntad del pueblo de nuestra historia, lo demuestran dos hechos: primero, que la constitución se consideró vinculante para todos los órganos del Estado. Este detalle, que ha sido subrayado por los constitucionalistas, resulta único en nuestra historia política. La Constitución era por primera vez entendida como el derecho más fuerte y esto significaba que ningún poder podía contravenir sus disposiciones sin atenerse a una sanción de nulidad. Así se ha podido decir que "lo que significa el carácter fundamental de la constitución es que sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas"[18]. La constitución, como corresponde

18 López Guerra, *El derecho constitucional españo*l, op. cit. p. 31.

a una verdadera expresión de poder constituyente, no es una exhortación, un programa o un manifiesto, sino una fuente de mandatos concretos e identificables, que limitan el ámbito del legislador constituido. La segunda, consecuente con esta, es su carácter derogatorio universal, incluso de la ley de Reforma Política. Una ulterior consecuencia, procedente de esta, es la de declararse clave última de interpretación de los derechos históricos que reconoce, como en el caso de la disposición adicional primera. Cuando recordamos las manifestaciones de Arzallus de exigir el reconocimiento de los derechos históricos y el pacto igualmente tradicional del pueblo vasco con la corona, nos damos cuenta de que no comprendía el estatuto de poder constituyente de las Cortes: la corona con la que él pensaba pactar no existía más y los derechos históricos sólo podían reconocerse en la medida en que se actualizaran desde el nuevo sujeto político formado en aquel acto. En efecto, la corona ya no era un poder, sino un mero órgano del Estado, cuya función principal es la representación simbólica, y no política.

La situación del PNV es, así, la más difícil de analizar. Pues resulta claro que el PNV reconocía la existencia de un pueblo español con el que el pueblo vasco mantenía un vínculo de derecho, un pacto de Estado y de pertenencia. Los derechos históricos vascos no son derechos históricos abstractos. Como todos los derechos históricos de naturaleza subjetiva se trata de privilegios que sólo tienen sentido respecto a otro sujeto que los reconoce. Así que los derechos históricos de los vascos lo son en relación con el Estado español, expresión política del pueblo español. En cierto modo, constitutivamente, esos derechos históricos son la prueba de una diálogo jurídico de estatus. El mismo acto de afirmar esos derechos históricos vascos implica afirmar la existencia del pueblo y del Estado español como instancia de reconocimiento y de eficacia de los mismos. Sin embargo, el PNV exigía que el pueblo español se atuviese a su forma histórica previa, en la que no había manifestado nunca su voluntad como poder constituyente. Al mismo tiempo, exigía derogar otras leyes históricas, cosa que sólo un poder constituyente puede hacer. En el fondo, el PNV reclamaba de las cortes aspectos contradictorios. Así que era normal que las cortes se pronunciasen a favor de reconocer los derechos históricos de los territorios forales, pero adecuados a la forma política que su voluntad ahora expresaba. En el fondo, Arzallus exigía que el pueblo español, en su momento constituyente, se atuviera a formas arcaicas de poderes que limitaran la potencia constituyente del pueblo. Eso era una contradicción. La consecuencia de esta contradicción fue la relación ambigua con la constitución y la votación del PNV: hizo uso de la abstención. Sin embargo, la abstención es la peor manera de relacionarse con un poder constituyente. Ni estaba en contra ni estaba a favor. Ni quedaba fuera de él ni se integraba en él. Formaba parte de él, puesto que debatía con él, reclamaba ante él, reconocía junto a él la necesidad de establecer una relación

jurídica. Sin embargo no estaba en condiciones de votar ni a favor ni en contra de la forma que ese poder constituyente se había dado, en la medida en que no quedaba clara la actualización de sus derechos históricos que ese pueblo soberano proponía. Lo mismo puede decirse del referéndum de aprobación de la constitución. Sin duda, la Constitución de 1978 no fue rechazada en el País Vasco. Los votos afirmativos derrotaron ampliamente a los positivos. Si la constitución hubiera sido rechazada, se podría haber interpretado como una decisión a favor de un desconocimiento del poder constituyente español, lo que a su vez cabría considerar como una afirmación en favor de un poder constituyente vasco. La amplia abstención sólo podía significar que esa constitución, en relación con los derechos históricos vascos, no era suficientemente explícita como para tomar una decisión. La abstención retrasó la decisión del PNV, pero al no rechazar la constitución, se sugirió con fuerza que esa decisión se posponía en la línea de la concreción de la actualización de los derechos históricos. Un cómputo de los votos de la abstención juntos con los votos del no en el País Vasco, como hace Soto, elevando la cifra de los que no apoyaron la constitución al 65'9 es sencillamente un disparate constitucional y político. El diferencial entre la abstención vasca y la española, que fue del 23%, sí puede ser leído como el voto del PNV, idéntico en este sentido al voto del Congreso.

Podemos decir que la actitud del PNV hacia la constitución se mantuvo en suspenso, indecisa. En ese estado permaneció, sin duda porque para tomar una decisión tenia que saber qué iba a significar la segunda parte de la primera adicional. Este párrafo dice: "La actualización de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la constitución y de los Estatutos de Autonomía". Lo que se sabía es que esta actualización implicaba derogar las leyes procedentes de las guerras carlistas de 1839 y de 1876. En efecto, no había leyes que obstaculizaron esa actualización. Era una forma de decir que el pueblo español y los territorios forales eran capaces de mirar la historia sin vincularse a otra cosa que su voluntad. Así que podemos decir con toda claridad que el PNV retrasó su decisión sobre la constitución, *de facto*, a la decisión sobre el estatuto de actualización de derechos históricos. Sin ninguna duda, en términos jurídicos, no se podía votar en contra de la constitución y luego votar a favor de un estatuto que emanaba de ella. Pero sí se podía mantener la indecisión directa sobre ella hasta tomar una decisión sobre el estatuto. Ahora bien, no hay manera de decidir a favor de un estatuto sin decidirse a favor acerca de la constitución. Tal cosa no hubiera sido posible si el PNV hubiese votado en contra de la Constitución. Cuando el estatuto de autonomía se aprobó por el 90% de los vascos, sin ninguna duda no sólo se estaba votando afirmativamente el estatuto: se estaba resolviendo la indecisión acerca de la Constitución en sentido favorable, pues la Constitución constituía la única referencia en relación con la cual el estatuto tenía fuerza de derecho. Sin ninguna duda, este hecho es

coherente con la evidencia sencilla de que aquello que constituye el ser jurídico histórico del pueblo vasco es su forma jurídica de relacionarse con el pueblo español. Aislado de esta relación, haciendo abstracción de ella, el pueblo vasco no tiene estatuto jurídico definido. Podíamos decir que no es un sujeto político auto-referencial. Su dimensión de poder constituyente, en este sentido, tendría que darse como consecuencia de dos cosas: de una violación radical de esos derechos contenidos en ese estatuto, que implicara una injusticia insuperable y que hiciera imposible reconstruir la relación de paz con el pueblo español. Entonces, roto el vínculo con el Estado español, el estatuto jurídico del pueblo vasco, constituido desde su normativa legítima, podría transformarse en auto-determinación. De otra manera, tal transformación ni será legal ni legítima.

VII. Conclusión

Podemos entender que ese 90% de votantes vascos del estatuto de autonomía era consciente de que estaba votando un anclaje de las instituciones vascas en la constitución. Jurídicamente, esto implicaba formar parte del constituyente español. Primero porque no se había manifestado estar fuera de él. Se había acudido a las cortes, se había entrado en los debates, se habría mantenido la indecisión y ahora se decidía a favor de una ley de la constitución. Sin duda, con el tiempo, este hecho, cargado de consecuencias, no fue interpretado de la misma manera por las fuerzas políticas que votaron positivamente el estatuto. El PNV durante mucho tiempo asumió la legalidad y la legitimidad constituyente como fuente de su propia legalidad y legitimidad. Sólo en determinado momento considera que su estatuto no deriva del poder constituyente español, sino que deriva unilateralmente de su función de dirigir un pueblo vasco imaginario, que jamás habría tenido relaciones de derechos históricos con el pueblo español, que incorporaría territorios franceses y que asumiría que Navarra forma parte de ese mismo pueblo dirigido por el gobierno vasco. Así, el gobierno vasco –jurídicamente un órgano de la constitución española- invoca una relación mística, extra-jurídica y de representación soberana con un pueblo vasco que ya no tiene relación constitutiva alguna con el pueblo español, sino que únicamente reconoce una relación auto-referencial consigo mismo. Esto implica sobre todo elevar al gobierno vasco a una función de capacidad de convocar al pueblo vasco a tareas constituyentes. Pero resulta que la propia realidad del pueblo vasco, como sujeto de decisión, depende de la constitución española y, por tanto, no puede elevarse a poder constituyente contra ella. Lo mismo le sucede a cualquier otro órgano y poder constituido. Así las cosas, el gobierno vasco no puede reobrar contra la constitución sin minar sus propias bases de legitimidad. En una relación jurídica, desde luego, la injusticia puede hacerse

desde cualquiera de las dos partes. En resumen, el derecho no es lo último. Pero sí es lo último en el camino de la paz.

Una vez más, debemos volver al principio. No hay posibilidad de dar un paso sobre este terreno, ni de caminar por una senda sólida, si se disminuye la legitimidad de la constitución española y si se mira el proceso de la transición como un proceso bastardo. Aquí he dado argumentos a favor de que no fue así. Aunque tan sólo fuera por el argumento de la eficacia jurídica de ese proceso, o por el argumento sociológico de producción de obediencia, el proceso habría sido legítimo. No hay que olvidar que la clave de la legitimidad de una dominación política es la existencia de una creencia en la validez de un orden político cuya consecuencia es la obediencia mayoritaria del mismo. Desde el punto de vista de su validez empírica, el orden político español es legítimo. Pero lo es en último extremo porque la gente cree en su validez. Así que no se trata únicamente de afirmar la legalidad de nuestro orden constitucional. Se trata de afirmar su plena legitimidad.

No hay la menor duda de que el valor básico que ha dado legitimidad a este orden, y que ha convencido a la gente de su validez, es su propia estructura de compromiso y de equilibrio entre muchos extremos. La fuerza política que llevó adelante un pacto con una organización terrorista; que, sobre la base jurídica de ese compromiso, se decidió por transformar el sentido del pueblo vasco como poder constituyente, que se erigió en representante místico de un pueblo que se sostiene sobre la exclusión arbitraria de unos y sobre la integración igualmente arbitraria de otros, rompió esa dinámica. En el fondo, esa fuerza amontonó prejuicios acerca de la falta de legitimidad del proceso español de la Transición, siendo así que este proceso fue la primera vez que el pueblo español se hizo presente como poder constituyente de manera consciente, precisa, inequívoca, y no como consecuencia de hechos sobrevenidos. En este sentido, el PNV rompió la lógica política misma de la transición en dos puntos. Primero, jugó no al compromiso, sino a la unilateralidad. Segundo, no se tomó en serio el proceso constituyente ni lo que eso implica. Consideró que podría relacionarse con ese proceso constituyente como si fuera un medio, que podría usar hasta el momento en que le fuera apropiado. Pero uno no se implica en un poder constituyente impunemente. Cuando lo hace se compromete en la defensa de derechos y deberes universales, promete garantías, acepta límites a la acción del poder, asume el juego de mayorías y de minorías y se implica en un sentido de la justicia política, capaz de garantizar el libre acceso de las fuerzas políticas al poder democrático. En el fondo, todas estas consecuencias de integrarse en un poder constituyente implican siempre lo mismo: entender el camino de la política como una vía que se orienta al derecho y a la paz. Pero sólo la política que funda derecho y paz hace visible a un pueblo. Solo el derecho y la paz son integradores. Si no es así, la inseguridad impide el compromiso básico y la dualidad social se instala en la gente.

Eso es lo que se evitó en la constitución de 1978. Ahora debemos descubrir que lo que está en la base de la crisis constitucional por la que atraviesa España –salvado el Estatut de Catalunya– es el hecho de la violencia y el terror. Es la incapacidad del compromiso y la consideración que sólo es legítima la situación que obedece plenamente a unos deseos. Es la incapacidad para darse cuenta de que la democracia es sobre todo compromiso. Es la voluntad de no tener más problemas, de lograr la situación perfecta a mi criterio, el sueño de que nadie resista mi poder, el anhelo de regresar al paraíso, esto es lo que desata la violencia. Es el sueño de un mundo pequeño y sin conflictos el que desata el conflicto. La democracia sólo es posible desde sujetos democráticos. Y esto implica sujetos capaces de controlar las propias ideologías. Eso es lo que se dio en la España de la transición. Debemos asumir que este proceso significó un avance civilizatorio único en nuestra historia que no se ha dejado sentir en todos los sitios. Pero ahora debemos recordar a Maquiavelo, una vez más. Pues al apostar por el compromiso y el equilibrio, y al hacerlo a la vez entre el capitalismo y el Estado social, entre el Estado laico y el reconocimiento de la presencia especial del catolicismo, entre el Estado unitario y el federal, entre un derecho nuevo y un derecho histórico, entre el Estado atlántico y el europeo, la constitución española se ha desprendido del sueño de un mundo sin conflictos y sin mediaciones. Lo que hace de nosotros un pueblo civilizado es nuestra capacidad de integración todos esos elementos en la paz y en el derecho. Eso nos da una superioridad moral sobre los que no entienden que la violencia jamás es integradora. Con rubor reconocemos que hasta 1978 la creencia perenne de los españoles implicó conceder alguna confianza a la violencia de unos sobre otros. Conocemos demasiado nuestra historia como para olvidar que eso es lo viejo y que hacia lo viejo nos quieren llevar esas actitudes que hacen de la transición un fruto podrido del miedo y no, por el contrario, el primer fruto de la madurez civilizatoria de un pueblo humillado durante siglos.

Comentando las tesis de Maquiavelo, uno de sus críticos ha dicho: "Si el origen de un cuerpo político es conflictivo, no se puede pretender que la neutralización del conflicto que lo genera no sea al mismo tiempo el aniquilamiento del cuerpo político mismo, que para permanecer debe 'conservar' el principio sobre el que se rige (y que lo hace posible). Permanecer en el conflicto constituyente es posible, sin embargo, sólo a través de la institución de las leyes, cuya tarea es hacer accesible el principio de modo regulado"[19]. Creo que este comentario

19 F. Raimondi, "Il paradigma-Firenze nel Discursus florentinarum rerum di Machiavelli: in principio sono i conflitti, i conflitti governano", en Merio Scattola, *Figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 168

describe bien el sentido de la tesis de Maquiavelo en inicio del libro III de los *Discorsi*, aquel que recomienda que para que un orden político viva largo tiempo "es necesario retrotraerlo a menudo a sus principios"[20]. En efecto, ese comentario nos permite descubrir la autoridad del origen, el prestigio de la fundación y la clave de virtud de la política que vence a la fortuna, a la contingencia y a la corrupción de la forma política. Sólo en ese regreso a los principios los regímenes "recobran su primitiva reputación y su capacidad de crecimiento". Maquiavelo nombró a esta virtud de una manera muy precisa: prudencia. Sea cual sea su proceder en cada caso, esta prudencia siempre tiene un principio constante: que los humores que se manifiestan libremente a través de la ley y sus instituciones son sustantivos del pueblo, deben ser descritos, reconocidos e integrados en el pacto del derecho, en el nuevo equilibrio y compromiso renovado. Nadie tiene derecho a considerarlos ilegítimos, ni a soñar con una situación en que no existieran. Eso sería imprudente. En el fondo, sería equivalente a considerarlos como enemigos, como si no formaran parte de un mismo pueblo. Entonces, la obra del constituyente de 1978 estaría amenazada.

José Luis Villacañas es catedrático de Filosofía Moral y Política de la Universidad de Murcia y director de la Biblioteca virtual de pensamiento político hispánico Saavedra Fajardo. Entre sus publicaciones se cuentan *Kant en España*. Madrid: Verbum, 2006; y *La Formación de los reinos hispánicos*. Madrid: Espasa, 2006.

E-mail: jlvilla@um.es

20 *Discursos*, op. cit. p. 289.